

**FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE  
RONDÔNIA – *CAMPUS* CACOAL  
Departamento do Curso de Direito**

**RECURSO EX OFFICIO NO DIREITO PENAL**

**Marcos Antonio Custodio Ribeiro**

**Cacoal-Ro  
2007**

**MARCOS ANTONIO CUSTODIO RIBEIRO**

**RECURSO EX OFFICIO NO DIREITO PENAL**

Trabalho de conclusão de Curso apresentado à Fundação Universidade Federal de Rondônia – Campus de Cacoal, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito sob orientação do Prof. Antonio Paulo dos Santos.

## PARECER DE ADMISSIBILIDADE DO ORIENTADOR

O acadêmico, **MARCOS ANTONIO CUSTODIO RIBEIRO** desenvolveu o presente Trabalho de Conclusão de Curso sob o tema Recurso *Ex Officio* no Direito Penal, observando os critérios do Projeto Monográfico, apresentado ao Departamento de Direito da Universidade Federal de Rondônia – UNIR, *Campus Cacoal*.

O acompanhamento foi efetivo, tendo o desenvolvimento do trabalho observado prazos fixados pelo Departamento do Curso de Direito.

Destarte, o acadêmico está apto para a apresentação expositiva de sua monografia junto à banca examinadora.

Cacoal-RO, 16 de agosto de 2007.

---

Antonio Paulo dos Santos  
Professor Orientador

**MARCOS ANTONIO CUSTODIO RIBEIRO**

**RECURSO EX OFFICIO NO DIREITO PENAL**

**AVALIADORES**

<hr/> Prof. Esp. Antonio Paulo dos Santos - UNIR	-	<hr/> Nota
<hr/> Prof. Mestra Maria Priscila Soares Berro	-	<hr/> Nota
<hr/> Prof. Esp. José de Moraes	-	<hr/> Nota

---

Média

Dedico a minha esposa Luzinete Morato dos Santos Ribeiro e aos meus filhos Luan Morato Ribeiro e Lucas Morato Ribeiro, razão maior da minha vida.

Agradeço aos professores que conosco dividiram o seu conhecimento, em especial ao professor Silvério dos Santos Oliveira pelo empenho e pelo zelo como Chefe de Departamento, ao professor Antonio Paulo dos Santos pela colaboração inestimável na orientação deste trabalho, a professora Maria Lindomar pelo auxílio carinhoso na consecução deste TCC. Aos meus amigos de turma que sempre me apoiaram nos momentos difíceis.

## RESUMO

**RIBEIRO, Marcos Antonio Custodio. Recurso *Ex officio* no Direito Penal, 62 folhas, Trabalho de Conclusão de Curso. Fundação Universidade Federal de Rondônia – Campus de Cacoal. 2007.**

Este trabalho tem como objetivo analisar o instituto denominado recurso *ex officio*, também conhecido como remessa necessária, duplo grau de jurisdição obrigatório, ou recuso oficial. Em primeiro plano foi feito um breve apanhado histórico, tratando das origens do recurso obrigatório, assim como a sua evolução no *jus positum* nacional. Pesquisou-se também, sobre qual seria a natureza jurídica do recurso *ex officio*, pois desse pressuposto dependeu toda a construção do raciocínio que pautou esta pesquisa. Foram citadas as hipóteses de cabimento, previstas em nossa legislação, analisando cada uma delas. Fez-se uma incursão ao sistema penal no que diz respeito ao sistema acusatório e a correlação entre os pressupostos objetivos da ação e o recurso. Tratou-se também da velha questão da recepção das normas que prevêm o recurso *ex officio*, em face do que dispõe o artigo 129, inciso I, da constituição da República, de 1988. Neste trabalho, tratou-se também do princípio da celeridade processual em relação ao instituto examinado. Outro assunto não menos importante aqui abordado diz respeito a revogação das normas infraconstitucionais que determinam o impropriamente denominado recurso *ex officio* no direito penal. Digo penal, pois esse trabalho delimitou-se à esfera do direito penal. A metodologia usada consistiu em consultas às obras bibliográficas.

**Palavras-chave:** Recurso oficial, natureza jurídica, recepção, revogação.

## ABSTRACT

**RIBEIRO, Marcos Antonio Custodio, Recurso *Ex Officio* no Direito Penal, 62 folhas, Trabalho de Conclusão de Curso. Fundação Universidade Federal de Rondônia – Campus de Cacoal. 2007.**

This project had as goal the analyses of the institute called resource “ex officio”, also known as necessary delivery, double degree of obliged jurisdiction or official refusal. At first a brief historical explanation was done, dealing with the origins of the obliged resource, as well as its evolution in the national “jus positum”. A survey was carried out about which one would be the juridic nature of the “ex officio” resource, because of this all the reasoning construction depended on it. We have numbered the hypothesis of using predicted in our legislation, analyzing each one of them we have gone into the penal system and the correlation between the objectives of the action and the resource we dealt with the old reception issue of the rules predicted in the “ex officio” resource, concerning the article 129, I, of the Republic Constitution of 1988. This project also dealt with the principle of processual celerity in relation to the examined institute. Another issue dealt, concerns the revocation of the infraconstitutional rules which determine the “ex officio” resource in the penal law this project limited to the penal law. This project limited to the penal law. The methodology used was constituted by bibliographical surveys.

**Key words:** official resource, juridic nature, reception, revocation.



## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>2. BREVE COMENTÁRIO HISTÓRICO .....</b>	<b>12</b>
<b>3. RECURSO <i>EX OFFICIO</i> .....</b>	<b>15</b>
3.1 CONCEITO .....	15
3.2 NATUREZA JURÍDICA .....	16
3.3 HIPÓTESES DE CABIMENTO .....	19
<b>4. DO SISTEMA PENAL .....</b>	<b>29</b>
4.1 SISTEMA ACUSATÓRIO .....	29
4.2 AÇÃO PENAL .....	32
4.3 PROCESSO PENAL .....	33
4.4 RECURSO .....	33
4.5 CONDIÇÕES DA AÇÃO E DO RECURSO .....	35
<b>5. RECEPÇÃO DO RECURSO <i>EX OFFICIO</i> .....</b>	<b>39</b>
5.1 DOUTRINA .....	39
5.2 JURISPRUDÊNCIA .....	42
<b>6. PRINCÍPIO DA CELERIDADE PROCESSUAL .....</b>	<b>49</b>
6.1 ASPÉCTOS PRELIMINARES .....	49
6.2 POSITIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CELERIDADE PROCESSUAL .....	50
6.3 BREVIDADE NA SOLUÇÃO DOS CONFLITOS .....	51
<b>7. PERMANÊNCIA DO RECURSO <i>EX OFFICIO</i> .....</b>	<b>53</b>
7.1 BREVE RECAPITULAÇÃO HISTÓRICA .....	53
7.2 LEGISLAÇÃO ALIENÍGENA .....	54
7.3 CRÍTICAS .....	55
<b>8. CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>58</b>
<b>9. REFERÊNCIAS .....</b>	<b>61</b>

## 1. INTRODUÇÃO

O recurso necessário, também denominado de apelação *ex officio*, é aquele que, necessariamente, obrigatoriamente, deve ser interposto pelo próprio juiz. A apelação *ex officio* é criação do Direito Lusitano. Por volta do século XIV, para jugular a onipotência desenfreada dos juízes, criou-se em Portugal a apelação *ex officio*, cuja apreciação era feita pelo monarca.

As Ordenações Manoelinas e Afonsinas trouxeram-no para o Brasil; em 1831, foi estendido às causas cíveis. No processo penal, as hipóteses de recurso necessário são: das decisões que concedem *habeas corpus*, das decisões que concedem a reabilitação. São também hipóteses de interposição obrigatória de recurso as sentenças absolutórias, mormente, àquelas referentes aos crimes contra a economia popular ou à saúde pública, bem como os despachos que determinam o arquivamento dos autos do inquérito policial referente a esses crimes.

Com o advento da Constituição de 1988, surgiram entendimentos divergentes tanto na doutrina como na jurisprudência, entre eles: Se a competência exclusiva nas ações penais públicas é do Ministério Público, não caberia a ele a exclusividade também de recorrer? O juiz tem interesse e legitimidade para recorrer, se não foi lesado e nem tem interesse na reforma da decisão? Qual é a natureza jurídica desse instituto que tem afeição com o recurso quanto aos efeitos, mas não quanto aos pressupostos?

Se o recurso *ex officio*, criado para jugular a onipotência dos juízes daquela era medieval, cumpriu com o seu desiderato, surge a seguinte indagação: será que num sistema jurídico em que os institutos recursais estão bem definidos,

em que há órgãos criados para defesa da ordem pública, assegurado às partes o duplo grau de jurisdição por meio das vias recursais, há necessidade de manter um procedimento que vem aumentar o volume de serviço que assoberba a instância superior? São questões que esta pesquisa procurou responder.

A Constituição Federal de 1988, inseriu no rol de direitos e garantias fundamentais, inúmeros dispositivos atinentes ao processo em geral e ao processo penal em particular, fazendo-se necessária a interpretação de compatibilidade de toda a legislação infraconstitucional, impondo-se ao operador do direito maiores reflexões.

Necessário também se faz observar que institutos que se tornem obsoletos sejam retirados do ordenamento jurídico pátrio, em virtude do princípio da celeridade processual.

Sendo assim, este trabalho tem por objetivo analisar o instituto denominado recurso *ex officio* em face do ordenamento jurídico vigente, determinar sua natureza jurídica e recepção em face do que determina o artigo 129, inciso I da Constituição atual, além de estudar a questão da sua permanência ou não no atual sistema penal.

O presente trabalho, delimita-se a desenvolver esta pesquisa somente dentro da esfera do direito penal, com fundamentação teórica na Constituição Federal de 1988, no Código de Processo Penal, a Lei 1.521 de 26-12-1951 (Lei de Economia Popular), Lei n. 4.591, de 16-12-1964 (Lei de Condomínio), a doutrina mais abalizada e a jurisprudência.

## 2. BREVE COMENTÁRIO HISTÓRICO

Em sua excelente obra, o escritor Roberto Santiago Ferreira Gullo, tratando do tema recurso *ex officio*, citando Alfredo Buzaid, nos fala das origens do instituto:

O instituto tem sua origem em Portugal em época imprecisa. Porém, na lei de 12 de março de 1355, era permitido aos juízes agirem *ex officio* na instauração das causas criminais para os feitos das injúrias.

O recurso *ex officio* tinha como finalidade turbar o ânimo do magistrado, influir em seu espírito e mesmo criar nele tal estado que predispusesse a orientação da prova em determinado sentido.

Com a imensa soma de poderes de que estava investido o juiz, a faculdade de iniciativa, se por um lado era um bem, porque zelava pelos superiores interesses da sociedade na repressão do crime, por outro lado podia ser, nas mãos de uma judicatura menos imparcial, um perigoso instrumento de perseguição a inocentes.

Não era possível que essa quase onipotência judicial ficasse sem um freio, ou sem um controle exatamente na época em que os reis portugueses começavam a fazer leis gerais destinadas a fixar os direitos e as obrigações dos seus povos.

Foi aí então que repontou mais uma vez o gênio lusitano para corrigir o rigor do princípio dominante e os exageros introduzidos no processo inquisitório. Fê-lo criando a figura da apelação *ex officio*.<sup>1</sup>

Continuou a existir a apelação *ex officio* nas Ordenações Manuelinas, publicadas em 1521, que tinham os efeitos devolutivo e suspensivo, não podendo, por conseguinte, ser executada a pena.

Tamanha importância era dada à apelação oficial que o juiz, em caso de não apelar *ex officio*, perdia o cargo além de ser condenado a pena pecuniária.

---

<sup>1</sup> BUZOID, Alfredo apud GULLO, Roberto. Recurso *ex officio*. Rio de Janeiro, 2007, p. 21.

Em 1603, foram publicadas as Ordenações Filipinas, em substituição às Ordenações Manuelinas, que no Brasil vigoraram até o início de nossa Independência de Portugal. Era preservado o instituto com pequenas alterações.

No Brasil, ao que tudo indica, surgiu pela primeira vez como figura do Direito Processual Civil na Lei n. 04, de 04.10.1831 (Lei que extinguiu o Conselho da Fazenda e a Jurisdição contenciosa que este então exercia), cujo artigo 90 previa que era dever do juiz a interposição de recurso de sentença proferida contra a Fazenda Nacional.

Com a proclamação da República, veio a fase dos Códigos de Processo Estaduais. Ocorrendo a unificação do sistema processual, O Código de Processo Civil de 1939 também previa casos de apelação *ex officio*.

Com o Código de Processo Civil de 1973, foi extinta a apelação *ex officio*, passando a figurar, no seu art. 475, o duplo grau de jurisdição, que outra coisa não é a não ser o antigo instituto com outra denominação.

No que se refere ao Processo Penal, a Lei n. 261, de 03.12.1841, que alterava o Código de Processo Criminal de 1.832, ao dispor sobre os recursos, já previa o duplo grau de jurisdição obrigatório:

Art. 69, inciso 7º. Da decisão que concede soltura em consequência de *habeas corpus*: este recurso será interposto *ex officio*. É somente competente para conceder *habeas corpus* o juiz superior ao que decretou a prisão.

E o art. 79, 1º e 2º, da mesma lei, estabelecia:

1º - Se entender que o Jury proferiu decisão sobre o ponto principal da causa, contrária à evidência resultante dos debates, depoimentos, e provas perante elle apresentadas; devendo em tal caso escrever no processo os fundamentos de sua convicção contrária, para que a relação à vista delles decida se a causa deve ou não ser submetida a novo Jury. Nem o réu, nem o acusador ou Promotor terão direito de solicitar este procedimento da parte do Juiz de Direito, o qual não o poderá

ter, se, imediatamente que as decisões do Jury forem lidas em público, elle não declarar que appellará *ex officio*; o que será declarado pelo Escrivão do Jury.

2º - Se a pena applicada for a de morte, ou galés perpétuas.

No período republicano, os códigos de processo penal estaduais em geral estabeleciam o recurso *ex officio*. A consolidação das Leis de Processo Criminal do Estado de Pernambuco (Dec. n. 306, de 04.04.1939) estabelecia no seu art. 180 e parágrafo único o recurso *stricto sensu*, de ofício, das sentenças que declarassem a ação penal extinta ou nula, ou absolvessem *in limine*.

Já o código do Rio Grande do Sul, promulgado em 15.08.1898, não adotou o instituto, repelindo-o por não obedecer à lógica do sistema adotado.

O nosso atual Código de Processo Penal, de 1941, dispõe, no art. 574, os casos em que deverão ser os recursos interpostos de ofício, pelo juiz.

Também estão previstos no art. 746, do CPP atual, e ainda, na Lei n. 1.521, de 26.12.1951, que altera dispositivos das leis sobre crime contra a economia popular no art. 7º.

### 3. RECURSO *EX OFFICIO*

#### 3.1 CONCEITO

Para a conceituação do recurso *ex officio* no processo penal brasileiro, são imprescindíveis as noções de apelação voluntária e apelação necessária. Sendo assim, é oportuno buscar o entendimento doutrinário a respeito do tema.

Conforme o magistério do insigne doutrinador Fernando da Costa Tourinho Filho, temos:

Os recursos ainda se distinguem em voluntários e necessários. Os primeiros são aqueles cujo ônus de interpô-los cabe, exclusivamente, ao que sucumbiu. É apenas um ônus: recorre-se se quiser. Já os necessários, também denominados *ex officio* são aqueles que, necessariamente, obrigatoriamente, devem ser interpostos pelo próprio juiz.<sup>2</sup>

Tratando do mesmo assunto, Nestor Eduardo Araruna Santiago traz o conceito do recurso *ex officio*:

“O recurso necessário, ou de ofício, ou *ex officio*: é o interposto pelo próprio juiz, por determinação legal, exigindo o reexame obrigatório por parte da superior instância para formar a coisa julgada.”<sup>3</sup>

Ainda falando a respeito do instituto o autor supra citado acrescenta:

---

<sup>2</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Prática de Processo Penal. 26 ed. São Paulo. Saraiva, 2004, p. 509/510.

<sup>3</sup> SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. Do recurso *ex officio* no processo penal – Coleção Ciências Criminais – Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

“Como a prevalência que o juiz, por força de suas funções, deve obrigatoriamente adotar para submeter sua decisão a reexame pelo Tribunal Superior, nos casos expressos no Código.”<sup>4</sup>

Referindo-se ao princípio da voluntariedade dos recursos, Julio Fabrini Mirabete discorre da seguinte forma:

Como o recurso objetiva a reforma de uma decisão, deve ficar na dependência da parte sucumbente, ou seja, daquela que foi lesada por ela. Em princípio somente a essa parte deve ser conferida ampla liberdade para interpor o recurso, demonstrando, assim, sua concordância ou não com o pronunciamento jurisdicional. Por isso se fala em recurso voluntário. Evidentemente, pode ser ele interposto também pelo Ministério Público, quer como representante da parte (Estado), quer como *custos legis*, [...]. É seu direito e dever a interposição quando, como titular da ação penal ou fiscal da lei, discordar da decisão. É um ônus das demais partes, que recorrem se quiserem.<sup>5</sup>

Prossegue o citado autor, falando do princípio da voluntariedade do recurso, abordando as exceções previstas em lei:

Mas a esse princípio, da voluntariedade do recurso, a lei abre exceções, prevendo o denominado recurso de ofício (recurso obrigatório, recurso necessário). Apresenta-se o recurso *ex officio* como uma providência imposta por lei no sentido do reexame de sentenças e decisões pelos órgãos judiciários superiores, quando versem determinadas matérias e segundo a decisão adotada. Por isso o recurso de ofício é chamado recurso anômalo, sendo considerado por muitos como uma extravagância judiciária e arcaica, hoje totalmente desnecessária. São recursos que obrigatoriamente devem ser interpostos pelo juiz, na decisão, não transitando em julgado a sentença em que tiver sido omitido (Súmula 423, do STF).<sup>6</sup>

Como se pode observar, os doutrinadores são unânimes no que diz respeito ao conceito do recurso *ex officio*. Disso, podemos concluir, então, que o reexame necessário, de ofício, oficial, duplo grau de jurisdição obrigatório, ou recurso necessário, é a providência recursal determinada pela lei e imposta ao juiz para provocar o reexame de uma decisão, visando corrigi-la, confirmá-la ou modificá-la.

### 3.2 NATUREZA JURÍDICA

---

<sup>4</sup> Idem, Ibidem. p. 50.

<sup>5</sup> MIRABETE, Julio Fabrini. Processo Penal. 8ª ed. – São Paulo: Atlas, 1998, p. 612.

<sup>6</sup> Idem, Ibidem. p. 612.



O recurso *ex officio* no direito brasileiro tem suscitado grande discussão e nenhum consenso, visto que são muitos os entendimentos doutrinários a respeito do assunto. Porém, a definição de sua natureza jurídica é de grande importância para compreensão da matéria, ora estudada, e é isso que buscaremos alcançar, para a partir daí abordarmos as demais questões.

Na lição do ilustre doutrinador, Tourinho Filho, encontramos a indicação de qual seria a natureza jurídica do recurso *ex officio*:

Qual seria a natureza desse recurso? Sabe-se que o recurso é o resultado de um inconformismo. A parte vencida, não se conformando com a decisão que lhe foi desfavorável, pede o seu reexame. Sendo assim, na justa observação de Alcides de Mendonça Lima, o recurso necessário não pode ser considerado recurso, pois o juiz, que tem o dever de recorrer de ofício, não haveria de ficar inconformado com a sua própria decisão... Ademais, quando alguém recorre, evidentemente, há de desejar seja o recurso provido. No recurso *ex officio* dá-se o contrário: O juiz deseja que o Tribunal não lhe dê provimento. Por essas razões, diz-se que recurso *ex officio* não é propriamente um recurso, e sim uma providência, uma medida prevista em lei, em situações especiais, porque interesses superiores reclamam mais cautela na solução dos litígios.<sup>7</sup>

Como visto, segundo o insigne doutrinador, trata-se, portanto, de uma simples medida imposta pela lei ao magistrado, medida esta que está sujeita à eficácia da decisão, também denominada duplo grau de jurisdição necessário ou obrigatório, sob pena de nulidade, conforme o que dispõe o artigo 564, inciso III, letra “n”, do Código de Processo Penal.

Ainda sobre a natureza jurídica do recurso *ex officio*, oportuna é a lição de Grinover et al.:

Por último, cumpre notar que não encontra embasamento científico a classificação dos recursos, quanto ao critério da iniciativa, em voluntários e de ofício. Qualquer recurso depende da iniciativa da parte, sendo sempre um meio voluntário de impugnação. O juiz não tem interesse em recorrer e não pode impugnar a sua própria decisão. Assim, não constituem conceitualmente recursos os casos em que o ordenamento exige que a sentença de primeiro grau seja necessariamente submetida à confirmação do segundo, para passar em julgado. Trata-se de condição de eficácia da sentença.<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Prática de Processo Penal*, 26ª ed. –São Paulo: Saraiva, 2004.

<sup>8</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recurso no Processo Penal*. 3ª ed. – São Paulo: RT, 2001.

Aqui, a afirmação dos ilustres mestres seguem no mesmo raciocínio, porém vão mais longe ao afirmar que nem mesmo poderia existir a divisão de recursos voluntários, pelo fato de que cientificamente não há como fazer tal divisão, pois a remessa necessária não preenche os requisitos de recurso.

Nessa mesma esteira, Greco Filho nega a natureza jurídica do recurso de ofício:

O Código prevê hipóteses denominadas “recurso de ofício”, nas quais o próprio juiz determina a remessa dos autos para o tribunal para reexame de sua decisão. Essa providência não é recurso, mas requisito ou condição necessária à preclusão ou trânsito em julgado de uma decisão ou sentença. Em outras palavras, não é certo dizer que o juiz recorre da própria decisão; esta é que não pode tornar-se preclusa ou transitar em julgado sem que seja examinada a confirmação pelo tribunal. O juiz, ao proferir decisão em determinado sentido, previsto na lei, deve remeter os autos ao exame do tribunal, porque se não o fizer, sua decisão jamais alcançará a preclusão ou coisa julgada.<sup>9</sup>

Porém, há aqueles que, em sentido contrário, afirmam ser o recurso *ex officio* verdadeiro recurso. Assim temos:

Hortêncio Catunda de Medeiros citado por Nestor Eduardo Araruna Santiago, é enfático ao ressaltar a natureza recursal do instituto:

Por mais paradoxal que pareça, não possui a oficialidade o talento de alterar a natureza do recurso, transmutando-o em instituto diferente; aliás, nem mesmo a referida ‘obrigatoriedade’ contraria o princípio da autonomia da vontade, ínsito à via recursal, como categoria jurídica. Explica-se, facilmente, a asserção: é que o ‘recurso necessário’ representa *per se* (*ex vi legis*) o latente interesse de recorrer do Estado-administração. Este, como parte interessada, jamais se encontra tolhido na sua liberdade de recorrer, quando interpõe semelhante recurso (embora o faça através de órgão estranho, *id est*, do Estado-Juiz).<sup>10</sup>

J. M. Othon Sidou, também citado por Santiago, embora não concorde com a permanência do recurso *ex officio* na sistemática processual brasileira, despe-se de preconceitos contra a figura em estudo, e define a sua natureza jurídica como sendo a de autêntico recurso:

É bem verdade que nos tempos modernos, melhor dizendo, no sistema processual hodierno, essa função dúplice tornou-se supérflua; não porque haja órgãos específicos aparelhados para vigiar em defesa da sociedade,

<sup>9</sup> GRECO FILHO, Vicente. Manual de Processo Penal. 2ª ed. – São Paulo: Saraiva, 1993.

<sup>10</sup> SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. Do Recurso *ex officio* no processo penal – Coleção Ciências Criminais – Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

mas simplesmente porque, erigindo o duplo grau de jurisdição, as sentenças no interesse da sociedade, ou da ordem jurídica, são inexecutáveis antes de passarem pelo crivo do juízo superior. Encarada a matéria por este aspecto, é difícil concordar com que a declaração do juiz, posta no final da sentença, remetendo sua própria decisão para reanálise, deixasse de ter o caráter de autêntico recurso.<sup>11</sup>

Pertinentes são os comentários do escritor Luís Fernando Sgarbossa no que diz respeito ao recurso *ex officio*:

O então denominado por alguns como recurso anômalo não passa de um procedimento *ex lege*, ao qual fica obrigado o juiz, sendo essa sua natureza jurídica. A despeito de entendermos não se tratar, tecnicamente, de recurso, o reexame necessário possui os mesmos efeitos impeditivos da preclusão e da formação da coisa julgada daquele, de modo que, mesmo não possuindo natureza jurídica recursal, revela-se como instituto jurídico que prorroga automaticamente o processo. Logo, estende, amplia, prorroga também o exercício da ação penal. E o faz sem ter havido recurso voluntário interposto por quem de direito.<sup>12</sup>

Como podemos analisar, há entendimentos divergentes, porém tende a doutrina majoritária e mais moderna a não reconhecer a natureza recursal do instituto em exame.

Esta corrente que não reconhece a natureza jurídica recursal da remessa necessária, atribui-lhe natureza de simples providência ou procedimento obrigatório determinado por lei, sendo essa sua natureza.

### 3.3 HIPÓTESES DE CABIMENTO

Com relação às hipóteses de cabimento do recurso de ofício, temos os seguintes casos:

a) das decisões que concedem *habeas corpus* (art. 574, I, CPP);<sup>13</sup>

b) das decisões proferidas nos termos do art. 411 (art. 574, II, CPP);<sup>14</sup>

<sup>11</sup> SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. Do Recurso Ex Officio no processo penal. Coleção Ciências Criminais – Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 59.

<sup>12</sup> SGARBOSSA, Luiz Fernando. Do reexame necessário em matéria penal no ordenamento jurídico brasileiro contemporâneo. <http://jus.2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?it=8410>.

<sup>13</sup> Decreto-Lei nº3.689, de 3 de outubro de 1941 (CÓDIGO DE PROCESSO PENAL)

<sup>14</sup> Ibidem.

- c) das decisões que concedem a reabilitação (art. 746, CPP);<sup>15</sup>
- d) nas hipóteses previstas no art. 7º da Lei n. 1.521, de 26-12-1951.<sup>16</sup>
- e) da previsão do art. 65 da Lei 4.591, de 16 de dezembro de 1964.<sup>17</sup>

Considerando o que determina a legislação, os casos em que necessariamente deverá ocorrer a interposição do recurso *ex officio* são os seguintes:

- a) sentença concessiva de *habeas corpus*;
- b) absolvição sumária nos crimes de competência do Tribunal do Júri;
- c) decisão concessiva da reabilitação criminal;
- d) decisão de absolvição ou que determine o arquivamento dos autos de inquérito policial nos casos de crime contra a economia popular ou contra a saúde pública;
- e) decisão de absolvição ou que determine o arquivamento dos autos de inquérito policial nos casos de crimes referentes à incorporação imobiliária previstos na Lei n. 4.591, de 1964;
- f) decisão de indeferimento liminar de revisão criminal, pelo relator;

Essas são as previsões contidas na legislação infraconstitucional pátria, em matéria criminal, de reexame necessário, das quais se fará uma breve análise de conformidade com o que orienta a doutrina.

Primeiramente, temos a hipótese de *habeas corpus*, ação constitucional de rito mandamental que visa resguardar o direito de locomoção daquele que sofra

---

<sup>15</sup> Ibidem.

<sup>16</sup> Lei de Economia Popular, publicada no DOU DE 27/12/51.

<sup>17</sup> Lei do Condomínio.

ou se encontre ameaçado de sofrer violência ou coação quanto ao exercício de tal direito, por ilegalidade ou abuso de poder, cuja guarida está no artigo 5º, LXVIII, da Constituição Federal, e no art. 647 e seguintes do Código de Processo Penal.

Uma vez impetrado o *habeas corpus*, pelo paciente ou por outrem em lugar daquele, independentemente de capacidade postulatória, deve o órgão jurisdicional competente analisar com brevidade a existência ou não de ilegalidade no constrangimento e, em concluindo por esta, expedir a competente ordem para fazer cessar a ilegalidade (alvará de soltura ou salvo conduto, conforme trate de *habeas corpus* liberatório ou preventivo, respectivamente).

Segundo o comando legal contido no art. 574, I, do CPP, uma vez concedida a ordem, deverá o magistrado remeter os autos a superior instância para reapreciação da decisão.

A segunda hipótese de cabimento da remessa necessária é no caso de ser proferida a denominada absolvição sumária, nos crimes de competência do Tribunal do Júri, ou seja, nos casos de crimes dolosos contra a vida, tentados ou consumados.

Da interpretação do artigo 411 do Código de Processo Penal pátrio, de acordo com a nova redação dada à Parte Geral do Código Penal brasileiro pela Lei n. 7.209, de 11.07.1984, depreende-se ser cabível a remessa nos casos em que o juiz, ao final da fase denominada sumário de culpa no procedimento preconizado para os crimes de competência do Tribunal do Júri, decreta sua absolvição desde logo, por entender ter restado comprovada a existência de causa de ilicitude ou de culpabilidade em razão de:

- a) erro sobre elementos do tipo;
- b) erro sobre a ilicitude do fato;
- c) coação irresistível e obediência hierárquica;

d) legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento de dever legal e exercício regular de direito;

e) inimputabilidade penal;

f) inimputabilidade por embriaguez fortuita e completa.

Como se vê, nos casos referidos, pode e deve o magistrado subtrair o réu ao julgamento pelo Tribunal do Júri, absolvendo-o desde logo, pois segundo Fernando da Costa Tourinho Filho:

“Em qualquer desses casos, para que o juiz possa subtrair do Tribunal Popular o julgamento, é preciso que as provas sejam estremes de quaisquer dúvidas. A excludente deve estar cumprida e incontroversamente demonstrada.”<sup>18</sup>

Assim, para que o magistrado absolva sumariamente o réu, deverá ter restado demonstrado cabalmente, durante o sumário de culpa, a existência da excludente de ilicitude ou culpabilidade a militar em favor do réu.

De outro modo, havendo dúvida, o magistrado deveria submeter a decisão ao plenário do júri, sentido no qual é pacífica a doutrina e uníssona a jurisprudência, afirmando preponderar, nessa fase, o princípio contido no brocardo *in dubio pro societate*.

A terceira hipótese de remessa necessária no processo penal, conforme dito, é a de prolação de sentença concessiva da reabilitação. Conforme leciona o ilustre escritor, Luís Fernando Sgarbossa:

Reabilitação é “a declaração judicial de que estão cumpridas ou extintas as penas ao sentenciado”. Essa definição não corresponde aos efeitos que a reabilitação produz, destoando dos seus objetivos. Na verdade, apenas garante o sigilo da condenação, e suspende condicionalmente os efeitos secundários específicos da condenação.<sup>19</sup>

---

<sup>18</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Código de Processo Penal Comentado. São Paulo: Saraiva, 2001.

<sup>19</sup> SGARBOSSA, Luiz Fernando. Do reexame em matéria penal no ordenamento jurídico brasileiro contemporâneo. <http://jus.2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?it=8410>.

Vale salientar ainda, a relativização da importância do instituto da reabilitação, cujo principal efeito seria o sigilo acerca da condenação havida, diante da disposição trazida pelo art. 202 da Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984, Lei de Execução Penal, que assegura tal sigilo automaticamente.

No entanto, por meio da reabilitação, pode o condenado, depois de extintas as penas a ele impostas, seja pelo cumprimento, seja por outra causa legalmente prevista, obter a cessação de efeitos extrapenais da condenação, contidos no artigo 92 do Código Penal brasileiro, quais sejam: perda de cargo, função pública ou mandato eletivo; b) incapacidade para o exercício do múnus parental, tutela, curatela; c) inabilitação para dirigir veículo automotor, ressalvando-se a vedação legal à reintegração à situação anterior nas hipóteses previstas nos incisos I e II do artigo 92 do Código Penal.

Nesse sentido, Mirabete nos ensina que:

A reabilitação, atualmente, é o “direito subjetivo do condenado para que se lhe assegure o sigilo dos registros sobre o seu processo e condenação, ou, se for o caso, para que cessem os efeitos extrapenais da condenação previstos no art. 92 do Código Penal.”<sup>20</sup>

Assim sendo, naqueles casos em que se tenha verificado algum dos efeitos extrapenais da condenação, o condenado tem evidente interesse na reabilitação, não obstante seja impossível a reintegração ao *status quo ante*.

A quarta hipótese em que existe previsão legal para o reexame necessário é aquela que respeita a sentença absolutória em processos que versam sobre os crimes contra a economia popular ou a saúde pública e das decisões pelo arquivamento de inquéritos versando sobre os mesmos crimes, conforme preconizado pela Lei n. 1.521, de 26.12.51, valendo o mesmo para os crimes referentes às incorporações imobiliárias, por força do disposto no artigo 65, parágrafo segundo, da Lei n. 4.591 de 16 de dezembro de 1964.

Vejamos, inicialmente, as hipóteses de crimes contra a economia popular, elencadas na Lei n. 1.521/51, em seus artigos 2º, 3º, e 4º:

---

<sup>20</sup> MIRABETE, Julio Fabrini. Manual do Direito Penal. 20. ed. – São Paulo: Atlas, 2003, p. 359.

Art. 2º. São crimes desta Natureza:

I- recusar individualmente em estabelecimento comercial a prestação de serviços essenciais à subsistência; sonegar mercadoria ou recusar vendê-la a quem esteja em condições de comprar a pronto pagamento;

II- favorecer ou preferir comprador ou freguês em detrimento de outro, ressalvados os sistemas de entrega ao consumo por intermédio de distribuidores ou revendedores;

III – expor à venda ou vender mercadoria ou produto alimentício, cujo fabrico haja desatendido a determinações oficiais, quanto ao peso e composição;

IV – negar ou deixar o fornecedor de serviços essenciais de entregar ao freguês a nota relativa à prestação de serviço, desde que a importância exceda de quinze cruzeiros, e com a indicação do preço, do nome e endereço do estabelecimento, do nome da firma ou responsável, da data e local da transação e do nome e residência do freguês;

V – misturar gêneros e mercadorias de espécies diferentes, expô-los à venda ou vendê-los, como puros; misturar gêneros e mercadorias de qualidades desiguais para expô-los à venda ou vendê-los por preço marcado para os de mais alto custo;

VI – transgredir tabelas oficiais de gêneros e mercadorias, ou de serviços essenciais, bem como expor à venda ou oferecer ao público ou vender tais gêneros, mercadorias ou serviços, por preço superior ao tabelado, assim como manter fixadas, em lugar visível e de fácil leitura, as tabelas de preços aprovados pelos órgãos competentes;

VII – negar ou deixar o vendedor de fornecer nota ou caderno de venda de gêneros de primeira necessidade, seja à vista ou a prazo, e cuja importância exceda de dez cruzeiros, ou de especificar na nota ou caderno, que serão isentos de selo, o



preço da mercadoria vendida, o nome e endereço do estabelecimento, a firma ou o responsável, a data e local da transação e o nome e residência do freguês;

VIII – celebrar ajuste para impor determinado preço de revenda ou exigir do comprador que não compre de outro vendedor;

IX – obter ou tentar obter ganhos ilícitos em detrimento do povo ou de número indeterminado de pessoas mediante especulações ou processos fraudulentos;

X – violar contrato de venda a prestações, fraudando sorteios ou deixando de entregar a coisa vendida, sem devolução das prestações pagas, ou descontar destas, nas vendas com reservas de domínio, quando o contrato for rescindido por culpa do comprador, quantia maior do que a correspondente à depreciação do objeto;

XI – fraudar pesos ou medidas padronizados em lei ou regulamentos; possuí-los ou detê-los para efeitos de comércio, sabendo estarem fraudados.

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, de dois mil a cinqüenta mil cruzeiros.

Parágrafo único. Na configuração dos crimes previstos nesta Lei, bem como de qualquer outra de defesa da economia popular, sua guarda e seu emprego considerar-se-ão como de primeira necessidade ou necessários ao consumo do povo, os gêneros, artigos, mercadorias, e qualquer outra espécie de coisas ou bens indispensáveis à subsistência do indivíduo em condições higiênicas e ao exercício normal de suas atividades. Estão compreendidos nesta definição os artigos destinados à alimentação, ao vestuário e à iluminação, os terapêuticos ou sanitários, o combustível, a habitação e os materiais de construção.

Configuram ainda crimes contra a economia popular as condutas arroladas pela Lei n. 1.521/51, em seu art. 3º:

Art. 3º. São também crimes desta natureza:

I – destruir ou inutilizar, intencionalmente e sem autorização legal, com fim de determinar alta de preços, em proveito próprio ou de terceiros, matérias-primas ou produtos necessários ao consumo do povo;

II – abandonar ou fazer abandonar lavoura ou plantações, suspender ou fazer suspender a atividade de fábricas, usinas ou quaisquer estabelecimentos de produção, ou meios de transporte, mediante indenização paga pela desistência da competição;

III – promover ou participar de consórcio, convênio, ajuste, aliança ou fusão de capitais, com o fim de impedir ou dificultar, para efeito de aumento arbitrário de lucros, a concorrência em matéria de produção, transportes ou comércio;

IV – reter ou açambarcar matérias-primas, meios de produção ou produtos necessários ao consumo do povo, com o fim de dominar o mercado em qualquer ponto do País e provocar a alta dos preços;

V – vender mercadorias abaixo do preço de custo com o fim de impedir a concorrência;

VI – Provocar a alta ou baixa de preços de mercadorias, títulos públicos, valores ou salários por meio de notícias falsas, operações fictícias ou qualquer outro artifício;

VII – dar indicações ou fazer afirmações falsas em prospectos ou anúncios, para fim de substituição, compra ou venda de títulos, ações ou quotas;

VIII – exercer funções de direção, administração ou gerência de mais de uma empresa ou sociedade do mesmo ramo de indústria ou comércio com fim de impedir ou dificultar a concorrência;

IX – gerir fraudulenta ou temerariamente bancos ou estabelecimentos bancários, ou de capitalização; sociedades de seguros, pecúlios ou pensões vitalícias; sociedades para empréstimos ou financiamento de construções e de vendas de imóveis a prestação, com ou sem sorteio ou preferência por meio de pontos ou quotas; caixas econômicas, caixas *Raiffeisen*; caixas mútuas, de beneficência, socorros ou empréstimos; caixas de pecúlios, pensão e aposentadorias; caixas construtoras; cooperativas; sociedades de economia coletiva, levando-as à falência ou à insolvência, ou não cumprindo qualquer das cláusulas contratuais com prejuízo dos interessados.

X – fraudar de qualquer modo escriturações, lançamentos, registros, relatórios, pareceres e outras informações devidas a sócios de sociedades civis ou comerciais, em que o capital seja fracionado em ações ou quotas de valor nominativo igual ou inferior a um mil cruzeiros com o fim de sonegar lucros, dividendos, percentagens, rateios ou bonificações, ou de desfalcas ou desviar fundos de reserva ou reservas técnicas.

Pena – detenção, de 2 (dois) anos a 10 (dez) anos, e multa, de vinte mil a cem mil cruzeiros.

Artigo 4º - Constitui crime da mesma natureza a usura pecuniária ou real, assim se considerando:

a) cobrar juros, comissões ou descontos percentuais, sobre dívidas em dinheiro, superiores à taxa permitida por lei; cobrar ágio superior à taxa oficial de câmbio, sobre quantia permutada por moeda estrangeira; ou ainda, emprestar sob penhor que seja privativo de instituição oficial de crédito;

b) obter, ou estipular, em qualquer contrato, abusando da premente necessidade, inexperiência ou leviandade de outra parte, lucro patrimonial que exceda o quinto do valor corrente ou justo da prestação feita ou prometida.

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, de cinco mil a vinte mil cruzeiros.

Com relação à hipótese de indeferimento liminar de revisão criminal, pelo relator, entendem Antonio Scarance Fernandes, Antonio Magalhães Gomes Filho, Ada Pellegrini Grinover, bem como Julio Fabrini Mirabete, tratar-se o que determina o § 3º do art. 625 do Código de Processo Penal, de recurso *ex officio*.

Ao contrário, observa Santiago,<sup>21</sup> que a hipótese de indeferimento *in limine* de revisão criminal não se trata de recurso *ex officio*, pois os casos em nossa legislação são *numeros clausus*, além de que, quando o código prevê o caso, o faz expressamente, e que tal recurso somente é previsto para ser interposto de decisões que ponham fim ao processo, proferidas nos juízos singulares de primeiro grau.

São essas as hipóteses de cabimento do recurso *ex officio*, previstas na legislação infraconstitucional brasileira.

---

<sup>21</sup> SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. Do Recurso Ex Officio no processo penal – Coleção Ciências Criminais – Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 91.

## 4. DO SISTEMA PENAL

### 4.1 SISTEMA ACUSATÓRIO

Para que possamos melhor compreender os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais a respeito da recepção das normas infraconstitucionais que dão guarida ao instituto de que ora tratamos, necessário é entender nosso sistema penal, para a partir daí refletir sobre cada entendimento e sobre as implicações do recurso *ex officio* dentro desse sistema.

Iniciaremos fazendo uma pequena digressão histórica do direito penal até seus atuais contornos:

Nos primórdios, o mal acarretado pela prática dos atos anti-sociais, que hoje conhecemos pela denominação de “ilícitos”, eram atribuídos a forças sobrenaturais, sendo seu autor punido como forma de desagrar as divindades.

Mais tarde, passou-se à fase da vingança privada, que não raro desembocava em conflitos intertribais ou intergrupais, em prejuízo de toda a coletividade.

Nesse contexto primitivo, o advento da lei de talião, cujo conceito se resumia, grosso modo, no brocardo “olho por olho, dente por dente”, não pode deixar de ser visto como uma evolução, face à noção de proporcionalidade que encerra, inexistente ou rara até então.

Posteriormente, evoluiu-se para o sistema denominado composição, sistema no qual o infrator comprava a sua liberdade, para livrar-se do castigo, precursor da moderna reparação civil e das penas pecuniárias.

Por fim, afastou o Estado a vingança privada, chamando para si o poder-dever de manter a ordem e a segurança social, por meio da atuação da jurisdição na composição das lides.

Em toda a história do direito penal, foram conhecidos dois grandes sistemas, a saber, o inquisitivo e o acusatório. O primeiro foi típico do direito medieval e do direito canônico, o segundo de feição liberal, pós-iluminista, nitidamente influenciado pelas idéias de pensadores como Cesare de Beccaria e Jeremias Bentham.

Pedro Henrique Demercian e Jorge Assaf Maluly, referindo-se ao processo de caráter inquisitivo, ensinam:

No autorizado magistério de Giovanni Corso, o sistema inquisitivo, tal como praticado no tempo de Diocleciano, dos imperadores do Oriente e no Direito Canônico, tem como principais características: “ (a) intervenção *ex officio* do juiz; B) caráter sigiloso do processo com relação não apenas aos cidadãos, mas ao próprio acusado; c) procedimento e defesa totalmente escritos; d) desigualdade de poder entre o juiz-acusador e o acusado; e) total liberdade do juiz na colheita da prova; (...) g) encarceramento preventivo do acusado.”<sup>22</sup>

Por suas características, não é difícil inferir que o acusado é, na verdade, objeto do processo e não sujeito de direitos, e não tem, como consequência, a proteção de qualquer garantia substancial.

Na mesma linha, Fernando Capez, discorrendo sobre as características do sistema inquisitivo, assevera:

É sigiloso, sempre escrito, não é contraditório, e reúne na mesma pessoa as funções de acusar, defender e julgar. O réu é visto nesse sistema como objeto da perseguição, motivo pelo qual práticas como a tortura eram

---

<sup>22</sup>DEMERCIAN e MALULY apud SGARBOSSA, Luis Fernando. Do reexame necessário em matéria penal no ordenamento jurídico brasileiro contemporâneo, 2006.  
<http://jus.2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?it=8410>.

freqüentemente admitidas como meio para se obter a prova-mãe: a confissão.<sup>23</sup>

As citadas observações doutrinárias apontam, ainda, como traços marcantes do sistema, a falta de imparcialidade do órgão julgador, de contraditório e ampla defesa, bem como de publicidade.

Já o sistema acusatório norteia-se por princípios diversos, e opostos do que aqueles verificados no sistema inquisitivo.

Conforme Capez, o sistema acusatório é:: “contraditório, público, imparcial, assegura ampla defesa; há distribuição das funções de acusar, defender e julgar em órgãos distintos.”<sup>24</sup>

Segundo Demercian e Maluly citado por Luiz Fernando Sgarbossa, as funções no sistema acusatório são as seguintes:

“No sistema acusatório as funções de acusar (pública ou privada), defender e julgar são incumbidas a diferentes pessoas. Assegurando-se ao imputado a igualdade de armas, de acordo com o princípio do equilíbrio de situações.”<sup>25</sup>

O italiano Luigi Ferrajoli, considerado um dos maiores defensores do garantismo, enfatiza que se pode chamar acusatório:

Todo sistema processual que configura o juiz como sujeito passivo rigidamente separado das partes e o processo como iniciativa da acusação, a quem compete provar o alegado, garantido-se o contraditório. Em suma: é acusatório o modelo que respeita a proibição do *ne procedat iudex ex officio*.<sup>26</sup>

A Constituição da República assegura o sistema acusatório. Porém, ainda restam no processo penal brasileiro, nos dias atuais, reminiscências do sistema

---

<sup>23</sup> CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. – 12 ed. – São Paulo: Saraiva, 2005, p. 41.

<sup>24</sup> Ibidem, p. 40.

<sup>25</sup> DEMERCIAN e MALULY apud SGARBOSSA, Luiz Fernando. Do reexame necessário em matéria penal no ordenamento jurídico brasileiro, contemporâneo. 2006.  
<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?it=8410>.

<sup>26</sup> FERRAJOLI apud SOUZA, Keity Mara Ferreira. Sistema acusatório. 2007. Disponível em:  
<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto>.

inquisitório, podemos lembrar, por exemplo, o recurso *ex officio*, se bem que ponderáveis opiniões já sustentam sua extinção.

## 4.2 AÇÃO PENAL

Conforme o que orienta a melhor doutrina, ação é o direito de invocar, de pedir a tutela jurisdicional. Ou seja, é o direito subjetivo de invocar do Estado-Juiz a aplicação do direito objetivo ao caso concreto.

Dando continuidade, vejamos o que nos ensina Julio Fabrini Mirabete sobre a ação penal:

Sendo o crime um fato que lesa direitos do indivíduo e da sociedade, cabe ao Estado reprimi-lo com o exercício do *jus puniendi*. O direito subjetivo de punir, entretanto, não é ilimitado, vinculando-se o estado ao direito objetivo, tanto na imputação, circunscrita aos fatos típicos, como nas penas a serem aplicadas. Além disso, para exercer o direito de punir é necessário que haja processo e julgamento, já que não pode o Estado impor, arbitrariamente, a sanção. O “direito de punir ou, como se tem preferido ultimamente, o poder-dever de punir, só se realiza pelo exercício do *jus persecuendi*; é um direito de coação indireta, circunscrito ou delimitado em sua executoriedade pelo Direito Positivo.”<sup>27</sup>

Ainda acrescenta o escritor:

“A ação penal é, assim ‘a atuação correspondente ao direito à jurisdição – público subjetivo, abstrato, autônomo -, que se exercita perante os órgãos da Justiça criminal.’”<sup>28</sup>

Noronha, usando da mesma inteligência afirma, “...o direito de pedir ao Estado-Juiz a aplicação do direito Penal objetivo.”<sup>29</sup>

Em síntese das lições deixadas pela doutrina em geral, pode-se tentar definir a Ação Penal como sendo o Direito-dever do Estado, ou de outros eventuais legitimados pela lei, a perseguir os autores de infrações penais para, após

<sup>27</sup> MIRABETE, Julio Fabrini. Manual de direito penal. 20. ed. – São Paulo: Atlas, 2003, p. 371.

<sup>28</sup> Idem, ibidem, p. 371.

<sup>29</sup> NORONHA, Edgard Magalhães. Curso de Direito processual penal. 21. ed. – São Paulo: Saraiva, 1992, p. 32.



comprovada a materialidade e autoria do delito, observadas as regras do devido processo legal constitucionalmente preconizado, puni-los em conformidade com as normas penais em vigor. Trata-se de um direito que respeita, em princípio, somente ao Estado, haja vista a proibição da autotutela, assim como de um dever, uma vez que o Estado deve procurar a paz social e o exercício preliminar do direito de ação é necessário ao exercício do *jus puniendi* estatal.

#### 4.3 PROCESSO PENAL

A jurisdição só pode atuar e resolver o conflito por meio do processo, que funciona, assim, como garantia de sua legítima atuação, isto é, como instrumento imprescindível ao seu exercício. Sem o processo, não haveria como o Estado satisfazer sua pretensão de punir, nem como o Estado-Jurisdição aplicá-la ou negá-la.

Fernando Capez em sua obra, Curso de Processo Penal, com muita propriedade pontua o que vem a ser o processo, delineando qual o seu objetivo:

A finalidade do processo é propiciar a adequada solução do conflito de interesses entre o Estado-Administração e o infrator, por meio de uma seqüência de atos que compreendam a formulação da acusação, a produção das provas, o exercício da defesa e o julgamento da lide.<sup>30</sup>

Conforme entendimento doutrinário, podemos definir que para a consecução de seus fins, o processo compreende:

O procedimento, que consistente em uma seqüência ordenada de atos interdependentes, direcionados à preparação de um provimento final; é a seqüência de atos procedimentais até a sentença.

A relação jurídica processual, que se forma entre os sujeitos do processo (juiz e partes), pela qual estes titularizam inúmeras posições jurídicas, expressáveis em direitos, obrigações, faculdades, ônus e sujeições processuais.

---

<sup>30</sup> CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 8. ed. – São Paulo: Saraiva, 2002, p.03.

## 4.4 RECURSO

Prolatada a decisão pelo órgão jurisdicional competente, em conformidade com as regras constitucionais e legais sobre a matéria, abre-se às partes, de regra, a possibilidade de recorrer da referida decisão, caso entendam que a mesma lhes causa gravame, ou seja, lhes foi desfavorável, com vistas a permitir sua revisão pelo mesmo ou por outro órgão jurisdicional.

Vejamos o conceito de recurso segundo o magistério de abalizados doutrinadores:

Nos ensinamentos de Greco Filho, “recurso é o pedido de nova decisão judicial, com alteração da decisão anterior, previsto em lei, dirigido, em regra, a outro órgão jurisdicional, dentro do mesmo processo.” <sup>31</sup>

Conforme Ada Pellegrini, Gomes Filho e Fernandes Scarance:

“Recurso é o meio voluntário de impugnação das decisões, utilizado antes da preclusão e na mesma relação jurídica processual, apto a propiciar a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou integração da decisão.” <sup>32</sup>

Para Fernando Capez:

Recurso é a providência legal imposta ao juiz ou concedida à parte interessada, consistente em um meio de se obter nova apreciação da decisão ou situação processual, com o fim de corrigi-la, modifica-la ou confirmá-la. Trata-se do meio pelo qual se obtém o reexame de uma decisão. <sup>33</sup>

Seguindo orientação doutrinária, pode-se afirmar que se baseiam os recursos em diversos fundamentos, dentre os quais se destacam o normal inconformismo da parte sucumbente e a maior segurança jurídica oriunda do duplo grau de jurisdição.

---

<sup>31</sup> GRECO FILHO, Vicente. Manual de Processo Penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 307.

<sup>32</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. Recurso no Processo Penal. 3. ed. – São Paulo: RT, 2001. p. 30

<sup>33</sup> CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 12. ed. – São Paulo: Saraiva, 2005. p. 408.

O primeiro refere-se à natural insatisfação da parte com provimento jurisdicional que entenda desfavorável a si, permitindo-se à mesma a obtenção de um novo pronunciamento sobre a matéria, normalmente feito por outro órgão jurisdicional, de regra de maior hierarquia em relação ao juízo *a quo*, e colegiado.

O segundo fundamento é, basicamente, aquele da segurança jurídica. Evidentemente, a revisão da decisão minimiza o risco de erro judiciário, assim como um órgão colegiado, composto por magistrados com larga experiência, tende, pelo menos em tese, a julgar com maior acerto a causa.

Dentre os diversos efeitos dos recursos, um destaca-se sobremaneira no trato do tema em questão, qual seja, o impedimento da formação da coisa julgada, com a conseqüente prorrogação ou prolongamento do processo e do exercício da Ação Penal.

Assim, conclui-se com segurança que, de certo modo, quando a parte autora, seja o Ministério Público ou o particular legitimado, inconformado com decisão judicial que lhes é desfavorável, ao interpor recurso da mesma, exercem o próprio direito de ação conferido por lei, até porque o interesse é pressuposto recursal, provocando o prolongamento do processo.

#### 4.5 CONDIÇÕES DA AÇÃO E DO RECURSO

De uma maneira geral, é uniforme a doutrina em apontar como condições ao exercício da ação a legitimidade da parte, o interesse processual, este consubstanciado no binômio necessidade-utilidade do provimento jurisdicional, e a possibilidade jurídica do pedido.

Embora o recurso não seja, tecnicamente, exercício do direito de ação, encontra-se intimamente relacionado com este último, podendo até mesmo ser considerado como desdobramento seu.

Nesse mesmo raciocínio seguem Ada Pellegrini Grinover, Gomes Filho e Fernandes Scarance:

Dada a natureza do direito de recorrer, pode-se estabelecer um paralelo entre as condições da ação e as condições dos recursos. Assim como para o exercício do direito de ação é necessário o atendimento de condições, sem as quais não se pode exigir o provimento jurisdicional, também para o exame do mérito do recurso é preciso que se cumpram as condições de exercício do direito recursal. O recurso, é certo, não instaura nova relação processual, tratando-se apenas de outra fase da mesma relação aberta com a demanda. Mas o direito à fase impugnativa, como desdobramento do próprio direito de ação, também se sujeita a condições de admissibilidade.<sup>34</sup>

Conforme orienta a doutrina, é possível vislumbrar a necessidade do preenchimento de condições análogas às condições da ação para o exercício válido e regular do direito recursal.

Trata-se das mesmas condições exigidas para o exercício do direito de ação, quais sejam: a possibilidade jurídica, entendida como previsão, pelo sistema, do recurso utilizado; o interesse em recorrer, visto como necessidade (ou utilidade) e mais adequação; a legitimação ao recurso. O primeiro, na classificação tradicional, é considerado pressuposto objetivo dos recursos; e os dois últimos pressupostos subjetivos.

Assim, a classificação tradicional dos requisitos de admissibilidade dos recursos penais os divide em pressupostos objetivos e pressupostos subjetivos:

Pressupostos objetivos dos recursos: cabimento, adequação, tempestividade, regularidade procedimental, inexistência de fato impeditivo ou extintivo.

Pressupostos subjetivos: interesse em recorrer (falando alguns em sucumbência), legitimação aos recursos.

Assim como a legitimidade para agir é condição para regular o exercício do direito de ação, a legitimação ao recurso também é condição de admissibilidade deste.

---

<sup>34</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. Recurso no Processo Penal. 2ª ed. – São Paulo: RT, 2001.

Por razões óbvias de conveniência, a lei limita o círculo dos possíveis recorrentes. Surge assim o problema da legitimidade para recorrer, analogamente ao que ocorre no tocante à propositura da ação, impondo-se verificar se quem interpôs o recurso está habilitado a fazê-lo.

O art. 577 do CPP traça os limites da legitimação para recorrer, prescrevendo que o recurso pode ser interposto pelo Ministério Público, ou pelo querelante, ou pelo réu, seu procurador ou seu defensor.

Analisando os pressupostos recursais subjetivos, entende-se que podem recorrer, respeitada a sucumbência, o querelante, o querelado, o acusado e seu defensor, o assistente, o ofendido ou sucessores do ofendido, e o Ministério Público.

Como dito reiteradamente pela doutrina e jurisprudência, a legitimidade recursal vincula-se intimamente à legitimidade para a ação (de regra somente as partes podem recorrer), ao passo que o interesse recursal vincula-se à sucumbência.

A sucumbência tem sido definida ora como o prejuízo causado à parte pela decisão, ora como a relação desfavorável entre o que foi pedido e o que foi concedido. Ambos os conceitos esclarecem, parcialmente, a situação. De fato, se a parte tiver prejuízo decorrente da decisão, haverá sucumbência, o mesmo acontecendo se pediu algo que não foi concedido ou se foi concedido menos.

Greco Filho, com muita propriedade, resume:

“A sucumbência, portanto, deve ser conceituada como a situação que decorre do não atendimento de uma expectativa juridicamente possível, o que caracteriza o interesse de recorrer, de pedir a reforma de uma decisão.”<sup>35</sup>

Com efeito, a parte que não sofreu sucumbência, que não experimentou gravame trazido pela decisão impugnada, carece de interesse recursal, que se consubstancia, como visto, na necessidade-utilidade do recurso como meio hábil a

---

<sup>35</sup> GRECO FILHO, Vicente. Manual de Processo Penal. 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 1993. p. 313.

impedir a consolidação da situação tida pela parte como prejudicial a seus interesses.

Fica clara, assim, a simetria entre as condições da ação, ou pressupostos processuais, e as condições e pressupostos recursais, demonstrando uma íntima relação entre eles.

Da exposição que se fez a respeito do nosso direito penal, o qual elegeu o sistema acusatório, em que as competências estão bem delineadas para acusar e julgar, não compete ao juiz recorrer de decisão. Além de que, se a remessa necessária trata-se de recurso propriamente dito, e que o recuso é desdobramento da ação, compete exclusivamente ao Ministério Público recorrer, sob pena de desarmonizar o sistema.

## 5. RECEPÇÃO DO RECURSO *EX OFFICIO*

### 5.1 DOCTRINA

A doutrina majoritária não tem manifestado maiores dúvidas sobre a recepção das normas infraconstitucionais que prevêm a remessa necessária, considerando-a válida, senão vejamos:

Fernando Capez em sua Obra, Curso de Processo Penal, ensina o seguinte:

O recurso *ex officio*, de ofício, obrigatório, necessário ou anômalo é aquele que obrigatoriamente deve ser interposto pelo próprio juiz em determinadas decisões. Nesse caso, costuma-se dizer que a decisão está forçosamente sujeita ao duplo grau de jurisdição. No final de sua decisão, quando exigido o recurso de ofício, dirá o juiz: “desta decisão recorro *ex officio*.”<sup>36</sup>

Pedro Henrique Demercian e Jorge Assaf Maluly, elencam as situações em que deve ocorrer o recurso obrigatório:

Em alguns casos, o legislador determinou que o próprio julgador recorresse de sua decisão para o Tribunal. São hipóteses dessa espécie de recurso oficial, previstos no art. 574 do CPP: (a) da sentença que absolver sumariamente o réu, com fundamento no art. 411 do CPP; (b) da decisão que conceder *habeas corpus*. Também está previsto o recurso necessário quando for julgada improcedente ação penal por crime contra a economia popular ou for determinado o arquivamento do respectivo inquérito policial (art. 7º da Lei n. 1.521, de 26-12-51), e ainda da decisão que conceder a reabilitação (art. 746 do CPP).<sup>37</sup>

---

<sup>36</sup> CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 12. ed. – São Paulo: Saraiva, 2005, p. 424.

<sup>37</sup> DEMERCIAN, Pedro Henrique e MALULU, Jorge Assaf. Curso de Processo Penal. São Paulo: Atlas, 1999, p. 402.

Não sendo diferente o entendimento esposado pelo insigne doutrinador , Francisco de Assis do Rego Monteiro Rocha, como abaixo segue:

O recurso de ofício é obrigatório, devendo o juiz interpô-lo nas hipóteses recomendadas pela lei. A não-interposição de recurso obrigatório, de ofício ou oficial, impede até mesmo que a decisão transite em julgado, quando não haja recurso voluntário. A Súmula n. 432, do STF, assentou que: “Não transita em julgado a sentença por haver omitido o recurso *ex officio*, que se considera interposto *ex lege*.”<sup>38</sup>

Como se pode observar, a doutrina majoritária consagrou o entendimento de que houve a recepção das normas infraconstitucionais que dão base ao recurso *ex officio*.

O fundamento freqüentemente mencionado para justificar a submissão da decisão ao duplo grau de jurisdição, independentemente de iniciativa das partes, é aquele a respeito do interesse público e da relevância contida nas hipóteses e situações às quais a lei sujeita a referida medida.

Vejamos ainda o que diz Edgard Magalhães Noronha em sua exposição a respeito do tema:

Tais recursos são obrigatórios: deles não pode declinar o juiz. Fundamenta-os o interesse público relevante, de modo que se busca o exame pela instância superior, com o fito de manter ou reformar a decisão. O recurso é, então, interposto na própria sentença, que concede ou não o *habeas corpus*, ou que absolve sumariamente o acusado, na conformidade do art. 411. É *ex officio* o recurso, é interposto pelo próprio juiz, que vem a ser, então, o recorrente sendo recorrida a parte objetivada pela decisão, isto é, o réu ou acusado.<sup>39</sup>

Fazem-se oportunas as justificativas apresentadas pelo abalizado doutrinador, Fernando da Costa Tourinho Filho:

Pode-se dizer que, nas hipóteses para as quais a lei prevê o recurso necessário, há uma espécie de prejuízo, de gravame presumido. Presume-se o gravame, e isto em virtude dos altos interesses sociais que a lei procura resguardar e proteger. Com tal recurso, o Estado exige dos órgãos superiores da justiça um controle maior sobre a solução de certas causas,

<sup>38</sup> ROCHA, Francisco de Assis do Rego Monteiro. Curso de Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 842.

<sup>39</sup> NORONHA, Edgard Magalhães. Curso de direito Processual Penal. 21. ed. – São Paulo: Saraiva, 1992, p. 341.



exercendo a Instância Superior aqueles *atti de controllo* de que fala a doutrina italiana.<sup>40</sup>

Como podemos observar, mais uma vez os fundamentos da defesa do recurso de ofício se pautam nos altos interesses sociais.

Porém, não obstante houve e há entendimentos doutrinários respeitáveis, embora minoritários, no sentido da não recepção do reexame necessário pela ordem constitucional instalada com a Carta de 1988.

Nesse norte, segue o entendimento do insigne mestre Francisco de Assis do Rego Monteiro Rocha:

Sobre a titularidade recursal exclusiva do Ministério Público, manifesta-se o ilustrado prof. Paulo Lúcio Nogueira, no sentido de que, após o advento da Constituição Federal de 1988, que em seu art. 129, inciso I, estabelece constituir função institucional do Ministério Público promover privativamente a ação penal pública, deixou de existir, entre nós o recurso oficial. Justificando seu modo de pensar, escreve o ilustre juiz: “Realmente, se cabe privativamente ao Ministério Público a iniciativa da ação penal pública, deve-se-lhe também atribuir a iniciativa recursal como prolongamento do princípio da legalidade” (Curso Completo de Processo Penal, Ed. Saraiva, 1993, p. 344).<sup>41</sup>

Encartando a mesma tese o desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Tocantins e doutrinador José Liberato Pova, trata da questão da seguinte forma:

Embora expressamente previsto no código de Processo Penal, no caso de absolvição sumária (art. 411), bem como nos casos previstos no art. 574, entendemos estarem revogados tais dispositivos, em razão do art. 129, inciso I, da Constituição Federal, que, ao fortalecer o Ministério público, conferiu-lhe novas atribuições, dentre as quais a de promover, privativamente, a ação penal pública. Ao absolver sumariamente o acusado com base no art. 411 da lei adjetiva penal, não pode recorrer de ofício ao Tribunal, pois, no momento em que a Carta Política Pátria conferiu ao *Parquet*, com exclusividade, a titularidade da ação penal, tornaram-se letra morta todos os dispositivos conflitantes com a norma constitucional.<sup>42</sup>

<sup>40</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Código de processo Penal Comentado. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 484.

<sup>41</sup> NOGUEIRA apud ROCHA, Francisco de Assis do rego Monteiro. Curso de Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 843.

<sup>42</sup> POVOA, José Liberato Costa. O Procedimento no Juízo Criminal. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 227.

Já os defensores da não recepção do recurso *ex officio* o fazem com enfoque nas atribuições constitucionais conferidas ao Ministério Público, de promover privativamente a ação penal pública, e entendem, ainda, que o recurso é um prolongamento ou desdobramento da ação; sendo assim, ficaria configurada a usurpação de competência por parte do juiz ao recorrer.

## 5.2 JURISPRUDÊNCIA

Dando continuidade acerca da recepção do instituto do reexame necessário após o advento da Carta Constitucional de 1988, passar-se-á a evidenciar a jurisprudência sobre o tema.

Vejamos então o entendimento do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por meio de sua 6.<sup>a</sup> Câmara Criminal:

168131 JCPP.574.I JCF.129 JCF.129.I – RECURSO DE - REEXAME NECESSÁRIO – Artigo 574, inciso I do Código de Processo Penal. Obrigatoriedade. Artigo 129, I da Constituição Federal de 1988 que não extinguiu o recurso de ofício. Ocorrência de nova fase procedimental e não de outro processo. Recurso *ex officio* conhecido. (TJSP – RHC 347.912-3/4 – 6.<sup>a</sup> C. Crim. – Rel. Dês. Debatin Cardoso – J. 24.05.2001).<sup>43</sup>

Mais algumas decisões de outros tribunais mantendo o mesmo entendimento, como é o caso do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo:

A Constituição da República, ao reservar o exercício da Ação Penal Pública ao Ministério Público, não extinguiu o recurso *ex officio*, pois este jamais possibilitou a instauração desta modalidade de ação por determinação judicial, sendo seu objetivo o alcance manifestamente outros, quais sejam, o de fazer com que determinadas matérias, pelo interesse público que seu solucionamento implique, sejam necessariamente apreciadas em duplo grau de jurisdição. (TACRIM-SP – REO 690.553-5 – Rel. Marrey Neto – RJD 14/212).<sup>44</sup>

Decisão prolatada pelo mesmo Tribunal, confirmando seu posicionamento a respeito do assunto:

<sup>43</sup> FRANCO, Alberto Silva; STOCCO, Rui. Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial. – São Paulo: RT, p. 3056.

<sup>44</sup> Idem, Ibidem. p. 3056.

O fato da Constituição Federal de 1988 atribuir ao Ministério Público a exclusividade da iniciativa da ação penal não acarretou a revogação das normas determinadoras do reexame obrigatório de certas questões pela E. Superior Instância, pois, ao recorrer de ofício, de forma alguma estará o juiz a instaurar a ação penal, mas apenas a determinar a aplicação da lei nos casos em que a previsão legal torna obrigatório o duplo grau de jurisdição. (TACRIM-SP – REO 692.331-8 – Rel. Lourenço Filho – RJD 14/211).<sup>45</sup>

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas não manifestou-se diferente ao julgar na mesma direção, ou seja pela recepção do recurso *ex officio*:

O recurso oficial continua existindo nos casos cominados, malgrado o disposto no inc. I do art. 129 da CF/88; pretendeu o constituinte extinguir a ação penal *ex officio* que a lei permitia ao juiz ou à autoridade policial, mediante portaria. Ao elevar o MP como titular exclusivo da ação penal pública, a Constituição não derogou ou revogou os recursos necessários ou oficiais previstos em leis ordinárias. (TJMG – RHC 18.865-6 – Rel. Gudesteu Biber – JM 126-127/346).<sup>46</sup>

No mesmo sentido, a decisão do Tribunal de alçada daquele mesmo Estado:

O fato do art. 129, I, da CF haver conferido ao MP, com exclusividade, a iniciativa da ação penal pública não implica a extinção do recurso de ofício, providência cautelar cuja finalidade é dar maior proteção aos interesses que reclamam exame mais acurado. (TAMG – RO 224.060-2 – Rel. Jane Silva – RJ 233/130).<sup>47</sup>

Os Tribunais Superiores não consagram tese muito diversa daquela até aqui exposta. É o que se pode observar do julgado da Suprema Corte abaixo transcrito:

O impropriamente denominado “recurso *ex officio*” não foi revogado pelo art. 129, I, da Constituição, que atribuiu ao Ministério Público a função de promover, privativamente, a ação penal, e, por extensão, a de recorrer nas mesmas ações. A pesquisa da natureza jurídica do que se contém sob a expressão “recurso *ex officio*” revela que se trata, na verdade, de decisão que o legislador submete a duplo grau de jurisdição, e não de recurso no sentido próprio e técnico. (STF – 2º T, - HC 74.634-9 – Rel. Maurício Correa – j. 24.6.97 – DJU 22.8.97, p. 38.761).<sup>48</sup>

---

<sup>45</sup> Ibidem, p. 3056.

<sup>46</sup> Ibidem, p. 3056.

<sup>47</sup> FRANCO, Alberto Silva; STOCCO, Rui. Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial. – São Paulo: RT, 1999, p. 3056/3057.

<sup>48</sup> Ibidem, p. 3056.

As reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal acerca do tema encontram-se consolidadas na súmula da jurisprudência dominante daquela corte, notadamente a teor das Súmulas 423, 344 e 160, cujos enunciados transcrevem-se:

Enunciado da Súmula 423 do Supremo Tribunal Federal:

“Não transita em julgado a sentença por haver omitido o recurso “*ex officio*”, que se considera interposto “*ex lege*”.”<sup>49</sup>

Enunciado da Súmula 344 do Supremo Tribunal Federal:

“Sentença de primeira instância concessiva de *habeas corpus*, em caso de crime praticado em detrimento de bens, serviços ou interesse da união, está sujeita a recurso “*ex-officio*”.”<sup>50</sup>

Enunciado da súmula do Supremo Tribunal Federal n. 160:

“É nula a decisão do tribunal que acolhe, contra o réu, nulidade não argüida no recurso da acusação, ressalvados os casos de recurso de ofício.”<sup>51</sup>

A jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça acerca do tema não é muito diferente daquela do Supremo Tribunal Federal e demais tribunais inferiores. Manifestando-se precisamente acerca da vigência do reexame necessário após a Constituição de 1988, entendeu o STJ:

“O recurso de ofício, previsto no art. 574, do CPP, não está revogado (Súmula n. 423, STF; STJ, HC n. 7.017/CE, Rel. Min. Felix Fischer, DJU, 30.03.1988, p. 101).”<sup>52</sup>

---

<sup>49</sup> Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul.

<http://www.mp.rs.gov.br/criminal/jurisprudencia/id624.htm>.

<sup>50</sup> Súmulas do Supremo Tribunal Federal. <http://www.dji.com.br/normas inferiores/regimentos interno e sumula stf/stf 0331 a 0360>.

<sup>51</sup> Supremo Tribunal Federal. [http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/súmulas\\_stf.asp](http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/súmulas_stf.asp).

<sup>52</sup> Ministério Público do Rio Grande do Sul. Op cit. P. 43.

De grande importância é a observação do escritor Luiz Fernando Sgarbossa, a respeito das referidas súmulas:

Conforme bem observado pelo monografista Sgarbossa, embora as Súmula 160 e 344 tenham sido editadas nos anos de 1963, e a Súmula 423 em 1964, ou seja muito antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, o fato é que a Corte Constitucional tem aplicado as mesmas habitualmente, mesmo após a vigência da nova ordem constitucional, além de ter se manifestado expressamente, em diversos acórdãos, no sentido da recepção do instituto.<sup>53</sup>

Apesar das decisões dos tribunais acima transcritas, encontram-se decisões respeitáveis em sentido contrário, oriundas de diversos tribunais. Como, por exemplo, a r. decisão do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, principal foco da tese minoritária, em sede de tribunal:

Recurso de ofício. Absolvição sumária. Preliminar de não conhecimento. Sendo o recurso de ofício uma forma de iniciativa da ação penal que, quando pública, é privativa do MP (art. 129, I, CF), têm-se como revogados os dispositivos processuais normativos do recurso oficial. (TJRS – 3ª Câmara C. Recurso Criminal n. 690.085.162 Rel. Dês. José Eugênio Tadesco, decisão: 14-2-1991).<sup>54</sup>

O entendimento que se tem da aludida decisão é que, em virtude de provocar a continuidade do processo contra o imputado, consiste o reexame necessário em verdadeira continuidade do direito de ação e, portanto, incompatível com a norma inscrita no art. 129, I, da Constituição da República.

Decisão fundada em entendimento semelhante foi proferida também pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, tendo funcionado como relator o MM. Desembargador Federal, Ivo Tolomini, cuja ementa é a seguinte:

A CF/88 estabeleceu ser a iniciativa da ação penal privativa do Ministério Público. Sendo o recurso de ofício forma de iniciativa da ação, que faz prosseguir o exercício da jurisdição, têm-se como revogados os dispositivos da lei processual penal que determinam a obrigatoriedade de sua

---

<sup>53</sup> SGARBOSSA, Luiz Fernando. Do reexame necessário em matéria penal no ordenamento jurídico contemporâneo. <http://jus.2.uol.com.br/doutrina>.

<sup>54</sup> MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil Interpretada e legislação constitucional. 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2003, p. 1575.

interposição pelo juiz. (TRF 4ª Reg. – RO940444901-61 – Rel. Ivo Tolomini – 29.03.95).<sup>55</sup>

Pode-se notar que referido entendimento já foi esposado por órgãos da justiça Comum estadual e federal.

Também entendendo pela incompatibilidade do “recurso de ofício” com a Constituição de 1988, proferiu o Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo:

Com o advento da nova Constituição Federal, banuiu-se da administração da Justiça Criminal o sistema inquisitivo e implantou-se o sistema acusatório, cuja característica principal é, exatamente, a repartição, entre órgãos autônomos diversos, das funções de acusar e de julgar (...) Com efeito, é o que dispõe expressamente o art. 129, I, da CF ao estabelecer constituir função institucional do Ministério Público promover privativamente a ação penal pública. Assim, em sendo o recurso obrigatório forma de iniciativa da ação penal e sendo esta, quando pública, privativa do Ministério Público, segue-se como tendo sido revogada pelo art. 129, I, da CF a norma do art. 571, I, do CPP que obriga o juiz a recorrer de ofício. (TACRIM-SP-RO 695.063-2-Rel. Passos de Freitas – RT 677/374).<sup>56</sup>

Como se pode depreender do teor da ementa retro-transcrita, o Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo entendeu que o instituto em exame fere o sistema acusatório, adotado pela Carta Magna vigente, por cometer funções de acusação ao Poder Judiciário.

Não foi outro o entendimento esposado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais ao entender pela não recepção da remessa necessária em matéria penal pela ordem constitucional instaurada em 1988:

O art. 129, I, da CF, revogou todo e qualquer dispositivo processual que obriga os juízes a recorrerem de ofício sempre que absolverem os acusados em processos por crime contra a economia popular, os afetos ao Tribunal do júri, na hipótese de absolvição sumária, bem como, pelos mesmos argumentos, nos demais casos de recurso obrigatório, tais como aqueles interpostos das sentenças que concederam *habeas corpus* ou de reabilitação. Assim, a nova CF banuiu da administração da Justiça Criminal o sistema inquisitivo e implantou o sistema acusatório, cuja principal característica é exatamente a repartição, entre os órgãos autônomos e

---

<sup>55</sup> FRANCO, Alberto Silva; STOCCO, Rui. Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial. – São Paulo: RT, 1999, p. 3055.

<sup>56</sup> FRANCO, Alberto Silva; STOCCO, Rui. Código de Processo Penal e a sua interpretação jurisprudencial – São Paulo: RT, 1999, p. 3054.

diversos, das funções de acusar e de julgar. (TJMG – RO 153/2 – Rel. Guido de Andrade – RT 698/384).<sup>57</sup>

Ainda, nesse sentido, é decisão proferida pelo extinto Tribunal de Alçada do Estado do Rio Grande do Sul:

O recurso de ofício, em qualquer hipótese, viola os princípios da inércia jurisdicional, da dignidade do cidadão e da ampla defesa. Nada mais é que resquício medieval do sistema inquisitório, a que estão afeitos espíritos autoritários, incompatível com a vocação da Constituição de 1988. Resíduo de poluição antidemocrática varrida para baixo do tapete do Estado de Direito, que, vez por outra, é levado por alguns juristas, a mostra que ela não foi totalmente eliminada pela nova ordem constitucional, resistindo ainda agora, como aconteceu ao longo da história jurídica e política brasileiras. Não conheceram. (TARS – RO 297039182 – Rel. Aramis Nassif – JUTARS-105/104).<sup>58</sup>

O presente acórdão é pela não recepção do recurso *ex officio*, com fundamento na violação do princípio da inércia do juiz, da dignidade do cidadão, e da ampla defesa.

O antigo Tribunal de Alçada do Rio grande do Sul já encarta a violação ao sistema acusatório, da titularidade para a ação penal, além da falta de legitimidade recursal:

O recurso de ofício mostra-se incompatível com o princípio acusatório, posto que este se caracteriza por separar a titularidade da ação penal da titularidade da jurisdição penal. A falta de legitimidade para a propositura da ação penal conduz à ausência de legitimidade para a interposição de recurso, pela substancial identidade entre o exercício da ação e o da apelação. Tendo a CF de 1988, no art. 129, inc. I, instituído o princípio acusatório, tal circunstância importou em revogar a regra precedente inscrita no art. 7º da Lei ordinária 1.521/51, que determina recorra o Juiz de ofício, sempre que, acolhendo requerimento do MP, determinar o arquivamento do inquérito policial. (TARS – REO 291132470 – Rel. Vladimir Giacomuzzi – JUTARS 80/25; RT 676/348).<sup>59</sup>

É também do extinto Tribunal de Alçada do Estado do Rio Grande do Sul entendimento no sentido de banimento do instituto da ordem jurídica pátria pela Carta de 1988, com fundamento em ofensa ao sistema acusatório e falta de legitimidade recursal, assim como a necessidade de sucumbência, como expressão do interesse recursal:

<sup>57</sup> Idem, Ibidem. p. 3055.

<sup>58</sup> FRANCO, Alberto Silva; STOCCO, Rui. Código de Processo Penal e a sua interpretação jurisprudencial – São Paulo:RT, 1999, p. 3055.

<sup>59</sup> Idem, Ibidem, p. 3055.

A Constituição Federal, implantando o sistema acusatório (art. 129, I, da CF), banuiu o sistema inquisitivo da administração da justiça criminal. A característica principal deste último é a repartição entre órgãos diversos das funções de acusar e de julgar. É função do Ministério Público promover privativamente a ação penal pública e, em consequência, é o legitimado a recorrer, pois o recurso não abre uma nova instância, mas busca um novo julgamento na fase de conhecimento. Ademais, é requisito do recurso a sucumbência, o prejuízo. Só o sucumbente tem legitimação para impugnar a sentença, face ao prejuízo que sofre em decorrência da decisão que pretende atacar. Na situação em tela, o Juiz não é sucumbente, porque a concessão do *habeas corpus* é resultado de seu entendimento, ao reconhecer que os pacientes sofriam constrangimento ilegal com um segundo inquérito instaurado pela Polícia Estadual. O prejudicado é o Ministério Público que, em última análise, determinou a abertura das investigações policiais. (TARS – HC 296021157 – Rel. Silvio Baptista Neto – j. 8.8.96).<sup>60</sup>

Aqueles tribunais, que defenderam a não recepção do recurso *ex officio*, pela Constituição da República de 1988, encartaram como fundamentos, basicamente, a ofensa ao sistema acusatório, bem como a ausência de legitimidade e interesse recursal do órgão jurisdicional na reforma de sua decisão, e a usurpação de funções privativas do Ministério Público.

---

<sup>60</sup> FRANCO, Alberto silva; Stocco, Rui. Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial. – São Paulo: RT, 1999, p. 3056.



## 6. PRINCÍPIO DA CELERIDADE PROCESSUAL

### 6.1 ASPECTOS PRELIMINARES

Antes de tratarmos especificamente do assunto deste tópico, vejamos o que diz o Professor emérito da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo Diógenes Gasparini, a respeito dos princípios:

Constituem os princípios um conjunto de proposições que alicerçam ou embasam um sistema e lhe garantem a validade.

Normalmente os princípios não são encontráveis no Direito Positivo. Este, quando muito, apenas os menciona, como faz o art. 37 da Constituição Federal, que enumera os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência. Se consignados em lei, são normas principiológicas. Esse também é o entendimento de Joaquim Castro Aguiar (Competência e autonomia dos municípios na nova Constituição, Rio de Janeiro, Forense, 1993, p. 27), ao afirmar que “os princípios não necessitam ser formulados positivamente para que tenham existência como categoria jurídica. Quando positivados chamam-se normas-princípios”.

Os princípios são mandamentos de um sistema, seu verdadeiro alicerce, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão, ensina Celso Antonio Bandeira de Mello (RDP, 15:284). Sendo assim é certo que “violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não a um específico mandando obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.”<sup>61</sup>

De conformidade com a lição apresentada, pode-se constatar que os princípios são as vigas mestras, constituem a raiz de onde deriva a validade

---

<sup>61</sup> GASPARINI, Diógenes, Direito Administrativo. – 9 ed. – São Paulo: Saraiva, 2004, p. 6/7.

intrínseca do conteúdo das normas jurídicas. Portanto, os princípios são as idéias básicas que servem de fundamento ao direito positivo.

Sendo o princípio coluna de determinada construção normativa, ruindo esta, desaba toda a edificação sobre ela assentada. Sendo assim, fácil é concluir que não observar o princípio, é ofender todo o sistema normativo ao qual o princípio dá sustentação.

## 6.2 POSITIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CELERIDADE PROCESSUAL

A Emenda constitucional n. 45, de 08 de dezembro de 2004, inseriu, de forma expressa, no rol pétreo dos direitos e garantias fundamentais, tal direito público subjetivo que, ao mesmo tempo, constitui garantia fundamental essencial.

Tal cláusula constitucional assecuratória da celeridade ou brevidade processual, intangível e insuscetível de modificação, constitui-se evidentemente em cláusula pétrea, protegida, por conseguinte, pelo manto do art. 60, § 4º, inciso IV, da Constituição da República de 1988.

É bem verdade que desde algum tempo já se encontrava consagrado, em diversas normas infraconstitucionais, tal princípio. Exemplo disso são as Leis n. 9.099/1995 (Juizados Especiais), Lei 10.259/2001 (Juizados Cíveis e Especiais da Justiça Federal).

Outras medidas também foram tomadas, mormente no processo civil, trazidas pela Lei 11.232/2005, a qual simplificou o processo de cobrança de título judicial, unificando processo de conhecimento e execução, além de limitar a via recursal no sentido de evitar a litigância de má fé.

A Lei 10.352/2001, também em matéria pertinente ao processo civil, abriu exceção no que diz respeito à remessa necessária, nos casos de anulação de casamento, suprimindo tal previsão, além de no parágrafo 2º abrir exceção para aquelas causas em que o valor não exceda a 60 (sessenta) salários mínimos, bem

como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor.

O parágrafo 3.º também diz que não se aplica a remessa necessária quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente.

Como se pode ver, o princípio da brevidade processual já estava manifestado na legislação infraconstitucional, mas o fato é que inexistia, até então, previsão expressa que a consagrasse, em nível constitucional.

### 6.3 BREVIDADE NA SOLUÇÃO DOS CONFLITOS

O Princípio da Celeridade Processual ou da Brevidade Processual, como querem alguns, é anseio de toda a sociedade, pois a justiça tardia enseja injustiça.

Mais do que rapidez nos procedimentos processuais, também é necessário erradicar aqueles procedimentos que acabam burocratizando o judiciário, como é o caso do recurso *ex officio*, que obriga o juiz de primeira instância a remeter aos tribunais sua decisão, para que seja homologada ou modificada, mesmo não havendo manifestação de qualquer uma das partes litigantes.

Abordando a temática do retardamento processual como óbice à efetividade do processo, Álvaro Couri Antunes Souza ensina que:

Importa aos processualistas a questão da efetividade do processo como meio adequado e útil de tutela dos direitos violados, pois, consoante Vincenzo Vigoriti “o binômio custo-duração representa o mal contemporâneo do processo. Daí a imperiosa urgência de se obter uma prestação jurisdicional em tempo razoável, através de um processo sem dilação, o que tem conduzido os estudiosos a uma observação fundamental, qual seja, a de que o processo não pode ser tido com um fim em si mesmo, mas deve constituir-se sim em instrumento eficaz de realização do direito material.”<sup>62</sup>

---

<sup>62</sup> SOUZA apud SGARBOSSA, Luiz Fernando. A emenda Constitucional n. 45/04 e o princípio da celeridade ou brevidade processual. <http://jus2.vol.com/doutrina/texto.asp?id=6676>.

Como bem observa o escritor, a questão do custo-duração do processo deve ser uma constante preocupação dos operadores do direito, pois nossa justiça de um modo geral padece desses dois males. Em nossa legislação, ainda vigoram determinados procedimentos, como é o caso da remessa necessária, que sobrecarregam os tribunais gerando custo ao Estado.

Também na lição de Helio Tornaghi:

O processo é um caminhar para frente (pro célere; é uma seqüência ordenada de atos que se encadeiam numa sucessão lógica e com um fim: o de possibilitar, ao juiz, o julgamento. Deturpações: qualquer ato que signifique um retardamento é um “necesso”, (por ex.: os vícios que forçam à repetição de atos já praticados); a balbúrdia, movimento desordenado, é o tumulto. O processo deve ser meio de chegar a uma decisão justa. Qualquer formalidade que possa levar a uma solução errada, quer por falta de garantia, quer pelo uso do formalismo como fim e não como meio, é o contraprocesso (num hibridismo mais enfático: é o antiprocesso).<sup>63</sup>

O processo deve seguir para frente, sem retrocesso, formalismos ou procedimentos desnecessários, sob pena de infringir o princípio da celeridade processual, e o pior de tudo, o descrédito na justiça, não pela falta da prestação jurisdicional, mas pela sua morosidade.

A sociedade clama por uma justiça mais célere; sendo assim, é necessário que o princípio da celeridade processual, elevada à cláusula pétrea, possa se tornar uma realidade, e os conflitos solucionados com mais brevidade, cabendo ao operador do direito a missão de adaptar a legislação infraconstitucional aos princípios que norteiam o nosso sistema jurídico.

---

<sup>63</sup> TORNAGHI, Helio. A relação processual Penal. 2º edição. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 01.

## 7. PERMANÊNCIA DO RECURSO *EX OFFICIO*

### 7.1 BREVE RECAPITULAÇÃO HISTÓRICA

Outra questão, que tem levantado grande discussão doutrinária, é a da permanência ou não do recurso *ex officio* no ordenamento jurídico. Como a abordagem dada ao assunto neste trabalho limita-se à esfera penal, é nesse ramo do direito que estudaremos o assunto.

Como já visto anteriormente, o recurso *ex officio* foi criação do direito lusitano, com a finalidade de servir de freio a onipotência dos juízes daquela época de inquisições e perseguições, quando então vigia o sistema inquisitório, em que o magistrado concentrava em suas mãos as funções de acusar, defender e julgar.

Nesse sistema, o réu era visto como objeto da perseguição, e não sujeito de direitos, ficando totalmente a mercê dos caprichos de um juiz desonesto e tendencioso, motivo pelo qual práticas como tortura eram freqüentemente admitidas como meio para se obter a confissão.

Herdamos o instituto, do direito português, pelo fato de termos sido colonizados por aquele país. As Ordenações Filipinas vigoraram no Brasil até o início da nossa independência.

Apesar do caráter criminal do recurso *ex officio* em sua origem, sua introdução no direito brasileiro deu-se por meio do art. 90 da Lei n. 04, de 4/10/1831, que regulava os feitos da Fazenda Nacional.

## 7.2 LEGISLAÇÃO ALIENÍGENA

O recurso *ex officio* não se verifica em nenhuma outra legislação, pois, criado no direito lusitano, já de muito foi abolido daquele país. É bem verdade que instituto semelhante encontra-se nas legislações latino-americanas, mais precisamente na legislação uruguaia e argentina, somente usado no processo criminal denominada “consulta.”

O Código de Processo Criminal da República Oriental do Uruguai, no seu art. 123, estatui:

art. 123 – O defensor dos presos é obrigado a interpor apelação das sentenças que imponham pena capital, desterro, prisão, trabalhos ou serviços forçados por mais de três anos. E ainda que o defensor não recorra, os autos subirão à superior instância depois de transcorrido o prazo do recurso (art. 318 e 319).<sup>64</sup>

A pena capital a que se refere o artigo transcrito não está mais em vigor.

Na legislação argentina, no Código de Procedimento Penal da Província de Buenos Aires, encontra-se o recurso, denominado Consulta, no art. 309 pelo qual não poderá ser agravada a situação do réu:

Art. 309 – Lãs sentencias em que se imponga la pena capital, presídio, penitenciária, o inhabilitción absoluta y perpetua, se elevarán inmediatamente de notificadas, al Superior. Este dará a la causa la traamitación establecida para los casos em que la apelación procede libremente, y dictará el fallo que corresponda, aun cuando no se presentase por el defensor el escrito de expresión de agravios”.

Art. 310 – La sentencia del Superior no podrá modificar la del Inferior, em um sentido desfavorable al processado, si el Fiscal no hubiere apelado em e lacto de la notificación de la sentencia o dentro das lãs veinti cuatro horas siguientes.<sup>65</sup>

<sup>64</sup> GULLO, Roberto. Recurso *Ex officio*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 45.

<sup>65</sup> GULLO, Roberto. Recurso *Ex officio*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007, p. 46.

Como se pode notar, fora a semelhança da consulta prevista na legislação do Uruguai e da Argentina, não se encontra em outra legislação estrangeira o recurso *ex officio*.

Recepcionado pela Constituição de 1988, apesar de posicionamento de ilustres juristas e doutrinadores, contrário a sua permanência, verdade é que esse recurso ainda vigora em nossa legislação.

### 7.3 CRÍTICAS

Vejamos então a opinião de abalizados juristas que se manifestaram, com relação a permanência do instituto, e o fundamento com que fazem a sua defesa.

Segue o entendimento de Julio de Castilho, que é radicalmente contrário ao instituto:

O ministério público, tal como se acha organizado, é a mais segura garantia da defesa dos interesses da justiça, confiados à fiscalização de agentes especiais, cujos deveres elementares jamais devem ser esquecidos. A apelação *ex officio* é uma anomalia, sob o ponto de vista doutrinário, porque inverte a posição do juiz e derroga o princípio universal de que os recursos são remédios livremente outorgados às partes contra os actos offensivos dos seus direitos.<sup>66</sup>

Também Alfredo Buzaid, acompanhando o mesmo raciocínio escreve:

Em suma, existindo, atualmente, no seio da organização judiciária do país órgãos especializados e suficientemente aptos para promoverem a defesa do fisco, dos menores, interditos e ausentes, não há necessidade de se manter um recurso que João Monteiro, com muita razão, crismou com a denominação de extravagância judiciária. Convém, portanto, a jure constituendo, estirpá-lo [sic] do Código como um remédio de energia terapêutica negativa. E isto porque, nem histórica nem cientificamente, se justifica sua manutenção no sistema do direito processual vigente.<sup>67</sup>

Giovanni Mansur manifestou-se sobre a justificação do recurso *ex officio* no direito brasileiro, criando verdadeiro libelo em desfavor da manutenção do instituto na processualística pátria:

---

<sup>66</sup> CASTILHO apud GULLO, Roberto. Recurso *ex officio*. – Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 67.

<sup>67</sup> BUZAID apud SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. Do Recurso *Ex officio* no Processo Penal – Coleção Ciências Criminais – Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 69.

Fundamenta-se a existência do recurso de ofício, segundo seus defensores, na relevância dada pelo legislador a determinadas matérias, tanto no âmbito criminal quanto no cível.

Tais matérias, por sua importância exacerbada, estão a merecer que se lhes dê tratamento diferenciado.

Argumenta-se ainda em favor da medida a possibilidade de conluio entre as pessoas que figuram na relação processual ou de deficiência na tutela dos interesses públicos (acentuadamente na esfera cível).

De ver-se que, a rigor, nenhum dos argumentos são suficientemente plausíveis para a manutenção de tal medida, tanto no processo civil quanto no penal.

Em primeiro lugar, é um verdadeiro dogma jurídico afirmar-se que as situações previstas no artigo 474, incisos I e II, do CPP, bem como no art. 7.º, da Lei 1.521/51, sejam as de maior relevância, a ponto de merecerem tratamento diferenciado que lhes é dispensado pela lei.

São, a toda evidência, situações importantes. Mas, no meu modesto sentir, equivalem-se em importância a inúmeras outras situações, como, por exemplo, a decisão que concede a liberdade provisória, ou a que absolve alguém pela prática de crime hediondo (de ver-se que o homicídio sequer é considerado crime hediondo). Os exemplos se multiplicam.

Não se encontra uma justificativa de ordem lógica que diferencie tais situações de tantas outras não sujeitas ao duplo grau de jurisdição necessário.

Quanto à possibilidade dos representantes do Poder Público (no caso juízes e promotores de justiça) agirem com incúria, não pode também ser utilizada como justificativa razoável.

Conforme asseveram Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci, se houver desvios na conduta de juiz e promotor (conluio, por exemplo) em prejuízo do fiel cumprimento da lei, deverão ser eles punidos pelos meios regulares de direitos, e não por transferência ao judiciário do controle de seu comportamento irregular.

Como se vê, a existência do recurso *ex officio* é vazia de fundamentação, e supérflua dentro do contexto jurídico brasileiro.

Ousadia afirmar que tal medida se constitui numa verdadeira burocracia jurídica, perfeitamente dispensável em nosso ordenamento.<sup>68</sup>

Na verdade, a grande maioria dos doutrinadores vê o recurso *ex officio* a contra gosto, pois às vezes lhes nega validade, outras vezes, natureza jurídica de recurso, como é o caso da afirmação contrária ao instituto que passaremos a enumerar:

Tourinho Filho é categórico ao afirmar:

“Tal recurso deveria existir apenas quando o Juiz ou o tribunal do Júri impusesse uma severa pena. Não somos, pois, a favor dele.”<sup>69</sup>

Julio Fabrini Mirabete acrescenta:

<sup>68</sup> MANSUR apud SANTIAGO. Do Recurso *Ex officio* no Processo Penal – Coleção Ciências Criminais – Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 42.

<sup>69</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Prática de Processo Penal. 26. ed. – São Paulo: Saraiva, 2004, p. 512.



“... Por isso o recurso de ofício é chamado recurso anômalo, sendo considerado por muitos como uma extravagância judiciária e arcaica, hoje totalmente desnecessária...”<sup>70</sup>

Além é claro do tratamento dado ao recurso *ex officio*, pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do *habeas corpus* n. 74.6399, *in verbis*:

A pesquisa da natureza jurídica do que se contém sob a expressão “recurso *ex officio*” revela que se trata, na verdade, de decisão que o legislador submete a duplo grau de jurisdição, e não de recurso no sentido próprio e técnico. (STF – 2º T., - HC 74.634-9 – Rel. Maurício Correa – j. 24.6.97 – DJU 22.8.97, p 38.761).<sup>71</sup>

Esses são alguns exemplos de como se cuida do instituto na doutrina e jurisprudência. Pois quando se defende a sua não permanência, costuma-se adjetivá-lo de vetusto e obsoleto; quando ao contrário se defende o predomínio da norma, dá-se o conselho de ter cuidado em mexer nas estruturas sólidas de nosso ordenamento jurídico.

---

<sup>70</sup> MIRABETE, Julio Fabrini. Processo Penal. 8. ed. – São Paulo: Atlas, 1988, p. 612.

<sup>71</sup> SGARBOSSA, Luiz Fernando. Do reexame necessário em matéria penal no ordenamento jurídico contemporâneo. Disponível em: <http://jus.2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?it=8410>.

## 8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O recurso *ex officio*, de ofício, oficial, reexame necessário, duplo grau de jurisdição obrigatório, ou recurso necessário, de recurso não se trata, mas sim de providência determinada pela lei e imposta ao juiz para provocar o reexame de uma decisão, visando corrigi-la, confirmá-la ou modificá-la, sob pena de tal decisão de primeira instância não transitar em julgado.

Apesar de obstar o trânsito em julgado, o recurso *ex officio* não tem natureza jurídica de recurso, pois não preenche os requisitos subjetivos peculiares ao instituto, que é o interesse, e a legitimidade. A parte não pode recorrer caso não tenha interesse na reforma. Assim, da sucumbência surge o interesse na modificação do ato jurisdicional. Ao lado do interesse tem-se a legitimidade, isto é, a pertinência subjetiva dos recursos, vale dizer, somente a parte lesionada pela decisão, que sofreu o gravame, é quem apropriadamente pode recorrer. O juiz nesse caso não é nenhuma coisa nem outra. Sendo assim, o tratamento adequado ao recurso *ex officio* é aquele que o concebe como providência ou procedimento obrigatório determinado pela lei, sendo essa sua natureza.

Aqueles que defenderam a não recepção do recurso *ex officio* entenderam que o instituto teria sido banido do nosso sistema processual penal, em face do artigo 129, inciso I, da Constituição Federal, que atribuiu competência privativa da ação penal ao Ministério Público.

Por outro lado, os opositores, ou seja, aqueles que defendem a recepção da remessa necessária, o fizeram sem maiores questionamentos, alegando invariavelmente a manutenção da ordem social e o interesse público.

No primeiro caso, entendendo-se que o recurso é um desdobramento da ação penal, e que a remessa necessária é recurso em sentido estrito e não uma simples providência legal, configurada estaria a usurpação da competência do Ministério Público, o que obstaria a recepção das normas que dão previsão ao recurso *ex officio* em virtude do que dispõe o artigo 129, inciso I, da Constituição vigente. Porém, primando de que se trata apenas de procedimento obrigatório em decorrência da lei, não há que se notar nenhuma agressão ao que dispõe o citado artigo.

Quanto àqueles que defenderam a recepção do recurso obrigatório, com base simplesmente na ordem social, e no interesse público, quando já existem instrumentos estruturados para proteger tais interesses, configurado está o excesso jurídico, ficando assim prejudicado os fundamentos de tal posicionamento.

Dentro do nosso sistema de organização judiciária, existem órgãos (Ministério Público, representantes da Fazenda Pública) suficientemente aptos para recorrerem daquelas decisões, em que o Estado venha sofrer os gravames da sucumbência; não há necessidade de manter tal expediente jurídico, visto que a apelação necessária vem agravar o volume de serviço que asoberba inutilmente a instância superior.

O argumento de que os representantes do Poder Público podem agir com incúria não pode ser levado em consideração, pois tal desídia não revela um defeito da função, mas do órgão, que deve ser penalizado por tal comportamento, porque pensar diferente é atestar que nossos magistrados não são confiáveis, e esse posicionamento não deve ser a regra.

Ademais, a via recursal está aberta às partes, que poderão dela fazer uso, que também não deixa de ser um freio à arbitrariedade ou má-fé do órgão de primeira instância.

Outra questão que deve ser levada em consideração é aquela tratada pela Emenda Constitucional número 45, de 8 de dezembro de 2004, que tem como finalidade precípua combater a morosidade na entrega da prestação jurisdicional,

razão pela qual foi incluída entre os direitos e garantias fundamentais do cidadão (art. 5º, inciso LXXVIII, CF).

Todo cidadão tem direito a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Assim, aplica-se tal princípio àqueles procedimentos que podem ser subtraídos sem prejuízo do ordenamento jurídico. Sendo o caso do recurso *ex officio*.

## 9. REFERÊNCIAS

**CAPEZ**, Fernando. Curso de Processo Penal. – 12. ed. – São Paulo: Saraiva, 2005.

**Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**

**Código de Processo Penal** (Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941).

**DEMERCIAN**, Pedro Henrique; **ASSAF MALULY**, Jorge. Curso de Processo Penal. – São Paulo: Atlas, 1999.

**FRANCO**, Alberto Silva; **STOCCO**, Rui. Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial. – São Paulo: RT, 1999.

**GRINOVER**, Ada Pellegrini; **GOMES FILHO**, Antonio Magalhães; **FERNANDES**, Antonio Scarance. Recurso no Processo Penal. 3ª ed. – São Paulo: RT, 2001.

**GRECO FILHO**, Vicente. Manual de Processo Penal. 2ª ed. – São Paulo: Saraiva, 1993.

**GULLO**, Roberto. Recurso *ex officio*. – Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

**Lei de Economia Popular** (Lei n. 1.521, de 26/12/1951)

**Lei do Condomínio** (Lei n. 4.591, de 16 de dezembro de 1964)

**MIRABETE**, Julio Fabrini. Processo Penal. 8ª ed. – São Paulo: Atlas, 1998.

\_\_\_\_\_, Julio Fabrini. Manual de Direito Penal. 20. ed. – São Paulo: Atlas, 2003.

**MORAES**, Alexandre de. Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional. 2ª ed. – São Paulo: Atlas, 2003.

**Ministério Público do Rio Grande do Sul**. <http://www.mps.rs.gov.br>.

**NORONHA**, Edgard Magalhães. Curso de Direito Processual Penal. 21. ed. – São Paulo: Saraiva, 1992.

**POVOA**, José Liberato Costa. O Procedimento no Juízo Criminal. – Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

**ROCHA**, Francisco de Assis do Rego Monteiro. Curso de Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

**SOUZA**, Keity Mara Ferreira. Sistema Acusatório. <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1062>.

**SGARBOSSA**, Luiz Fernando. Do reexame necessário em matéria penal no ordenamento jurídico contemporâneo. <http://jus.2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8410>.

**SANTIAGO**, Nestor Eduardo Araruna. Do recurso *ex officio* no processo penal – Coleção Ciências Criminais – Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

**Súmulas do Supremo Tribunal Federal.** <http://www.dji.com.br/normas inferiores/regimentos internos e súmulas stf/stf>.

**Supremo Tribunal Federal.** [http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/sumulas\\_stf.asp](http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/sumulas_stf.asp).

**TOURINHO FILHO**, Fernando da Costa. Código de Processo Penal Comentado. – São Paulo: Saraiva, 2001.

\_\_\_\_\_, Fernando da Costa. Prática de Processo Penal. 26. ed. – São Paulo: Saraiva, 2004.